Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Beigefügt iſt dem bisher extrahirten Entwurfe ein anderer zu einer Verordnung: „über Einführung der Hypothekenordnung in Baiern.“

XVIII.

Beiſteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrecht.

Von dem
Profeſſor der Rechte Dr. Geſterding, zu Greifswalde.

§. 1.
Einleitung.

Die Gewalt, welche Zeit und Gewohnheit in der ſinnlichen Welt üben, entbehren ſie auch nicht gänzlich in der moraliſchen, wie denn überhaupt zwiſchen beiden Welten eine wunderbare Verwandſchaft herrſcht.

Auch in der Sphäre des Rechts kann die Zeit nicht nur durch Verjährung Befugniſſe für den Einzelnen gegen den Einzelnen hervorbringen und aufheben, ſondern ſie kann ſogar durch Gewohnheit Geſetze gründen und, was ich einſtweilen als ausgemacht annehmen will, ſie auch wiederum abſchaffen.

Was in hiſtoriſcher Hinſicht Gewohnheiten aufkommen läßt, dazu wirken, beim Mangel an Geſetzen, zuſammen die, zum Theil aus der Trägheit des Verſtandes entſpringende, Neigung der Menſchen, nachzuahmen und ſich vor dem Ueblichen nicht zu entfernen, wobei die Beſorgniß Veränderungen mögten nachtheilig ſeyn, dem mit der Neigung für das Gewohnte kämpfenden Triebe nach Abwechſelung einen ſtarken Widerſtand leiſtet, endlich die Ehrfurcht vor dem Alterthümlichen. Freilich kann ein gewiſſer Satz den Umſtänden ſo angemeſſen, ſo nützlich, ſo nöthig ſeyn, daß er eben desbalb aller andern Hulfe, zur Gewohnheit zu werden, entbehren kann.

In rechtlicher Hinſicht beruht das Anſehen der Gewohnheit auf dem ein für alle Mal im Voraus erklärten Willen der Staatsgewalt, daß Gewohnheiten wie Geſetze gelten ſollen, der nun für uns in den Sanctionen des römiſchen und canoniſchen Rechts, welche vernünftigen Gewohnheiten dieſe Kraft beilegen, enthalten iſt. Giebt der Regent zu dieſer oder jener Gewohnheit ſeine Zuſtimmung, ſo wird ſie dadurch zu einem geſchrie-

benen Gesetz (nicht zu einer consuet. scripta, es wäre denn Gewohnheit, welche aufgehört hat, es zu seyn, weil sie Gesetz geworden ist, also zu nennen,) und erhält ohne weitere Erfordernisse die Kraft eines solchen. Kurz, es ist dann zwischen ihr und dem geschriebenen Gesetz kein Unterschied. Die allgemeine Billigung des Regenten ist also der zureichende und dabei auch der einzig mögliche Rechtsgrund der Gewohnheit, wie der neueste Schriftsteller über die Gewohnheit mit Recht annimmt [1]).

Die positiven Gesetze setzen dann auch die Bedingungen fest, unter denen durch Gewohnheit Gesetz entstehen kann. Was sie aber über Gewohnheitsrecht enthalten, ist im Grunde sehr einfach, und läßt sich am Ende in Einen kurzen Satz bringen. Es muß ein gewisser Satz von Alters her oder seit langer Zeit als Gesetz beobachtet seyn, dann hat er im Allgemeinen die Kraft eines solchen, vorausgesetzt, daß er vernünftig ist. Zu diesem Resultat gelangt man aber erst nach mancherlei Umwegen; geht es zu's Einzelne, so wird die Sache schwierig; man findet bald hier, bald dort Anstoß; besonders ist man genöthigt, durch eine Menge falscher Lehrmeinungen sich hindurch zu arbeiten. Denn da die Gesetze über Gewohnheit theils dürftig, theils Mißdeutungen unterworfen sind, so hat dieser Stoff die Rechtsgelehrten von jeher sehr gereizt, ihre Kräfte daran zu üben, und bei der Menge verschiedener Schriftsteller fehlt es natürlich an einer Menge abweichender Meinungen nicht.

Der neueste Schriftsteller über diese Materie ist Klötzer [2]). Von ihm ist mit Recht zu rühmen, daß er auf diesen zwar häufig, doch nicht genug bearbeiteten Zweig unsrer Wissenschaft mit Erfolg belohnten Fleiß verwandte. Es wäre zu wünschen gewesen, daß es ihm gefallen hätte, mehr gedrängt, mehr rein und einfach zu schreiben. In Ansehung der Sache selbst ist ihm nach meinem Urtheil Vieles wohl gelungen; die Hauptideen halte ich im Allgemeinen für vollkommen richtig; über Manches denke ich anders. Doch, zu wiederholen was er lehrt, fühle ich eben keinen Beruf; ich will mich darauf beschränken, hinzuzusetzen, was er mir übrig ließ; auch Einiges zu berichti-

---

1) Diese richtige Ansicht findet sich auch in der Recension von Glück's Comm. über Günther in der Jenaischen Lit. Ztg. vom 3. Nov. 1812. Daß sie auch die gesetzliche sey, könnte allenfalls durch das canonische Recht, und zwar durch das in einer Note noch in extenso mitzutheilende cap. 1. de constitut. in 6to erwiesen werden.

2) Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Jena 1813.

gen ſuchen. Dabei geſtehe ich durch Stillſchweigen noch nichts zu.

§. 2.

Unterſchied zwiſchen Gewohnheit u. Lex tacita.

Um dadurch zu beweiſen, daß die, nach der Meinung mancher Rechtsgelehrten, zur Gewohnheit erforderliche ſpecielle Einwilligung des Regenten das Weſen derſelben aufheben würde, unterſcheidet Klötzer [3]). Gewohnheit und lex tacita, wovon er ſagt, daß man ſie bisher von der Gewohnheit nicht unterſchieden habe, meint jedoch, zu den Zeiten der Republik habe jede Gewohnheit unbedenklich als lex tacita angeſehen werden können.

Die Theorie kann allenfalls den Begriff einer lex tacita, d. h. eines vom Geſetzgeber rebus ipsis et factis gegebenen Geſetzes, aufſtellen; aber ob dieſer Begriff einen practiſchen Werth habe, daran iſt ſehr zu zweifeln. Bloße Facta mögten ſchwerlich von der Art ſeyn, daß daraus mit Sicherheit geſchloſſen werden könnte, es ſey der Wille des Geſetzgebers, dieſer oder jener Satz ſolle auch für die Zukunft zur Richtſchnur dienen. (Und dabei will ich nicht einmal gedenken, daß, wenn es auch möglich wäre, es in dieſer Sphäre nicht ſchicklich ſeyn würde, den Willen anders zu erklären, als auf die vollkommenſte Art.)

Selbſt in einer Republik kann nicht füglich von einer wahren lex populi tacita die Rede ſeyn, und nur ſoviel iſt richtig, daß Julianus [4]) die geſetzliche Kraft der Gewohnheit aus dem ſtillſchweigend erklärten Willen des Volks ableitet, oder ſie dadurch rechtfertigt. In Gemäßheit dieſer Stelle nahmen ältere Rechtsgelehrte an, die Gewohnheit enthalte legem populi tacitam, woraus übrigens noch nicht folgt, daß ſie die Begriffe beider mit einander verwechſelt haben.

Die Aeußerung des Julianus paßt nicht auf den Zuſtand des römiſchen Volks unter Hadrian, zu deſſen Zeiten Julianus lebte, weshalb auch Klötzer [5]) annimmt, Julianus rede nicht von Gewohnheiten überhaupt, ſondern von den beſtimmten Gewohnheiten, die ſich noch aus den Zeiten der freien Republik herſchrieben; allein Julianus redet in der That allgemein, er legt der Gewohnheit und dem darin enthaltenen Volkswillen noch jetzt die Kraft bei, Geſetz zu ma-

---

3) A. a. O. S. 75. und folg.

4) L. 32. D. de leg.

5) A. a. O. S. 57.

chen; was ich näher auseinander zu ſetzen nicht nöthig finde, da die Stelle nicht klar genug iſt, es beſonders auch ſchon aus demjenigen erhellet, was er von der Entwöhnung lehrt [6]), und dann paßt ſeine Aeußerung auch noch ebenſowenig auf die römiſche Verfaſſung zu den Zeiten der freien Republik, nicht einmal auf eine reine Democratie, was hier indeſſen einerlei iſt.

Selbſt in ſolchen Staaten, in welchen die höchſte Gewalt und das Recht der Geſetzgebung ſich beim ganzen Volk befindet, kann daraus, daß eine gewiſſe Regel bei vorkommenden Fällen bisher beobachtet worden mit Sicherheit nicht geſchloſſen werden, daß ſie auch zum Geſetz für die Zukunft dienen ſolle, ſondern nur allenfalls, daß im Volke eine ſolche Einrichtung bisher für nützlich gehalten worden. Auch läßt es ſich nicht wohl als möglich denken, daß eine Gewohnheit mit Uebereinſtimmung aller Mitglieder des Staats, oder aller derjenigen, denen die Ausübung der geſetzgebenden Gewalt zuſteht, entſtehen könne, zumal ſie erſt im Verlauf der Zeit zu Stande kommen kann, auch ohnehin nicht alle in den Fall kommen, die Handlung vorzunehmen, oder gar zu wiederholen, wovon eben die Rede iſt, ſo daß es den meiſten ſelbſt an der Gelegenheit fehlen wird, ihre Einwilligung oder Misbilligung zu erklären. Es darf nicht einmal erwähnt werden, daß Gewohnheiten gewöhnlich nicht allgemein ſind, ſondern ſich nur auf einen kleinen Theil des Staats beziehen, und diejenigen, durch welche die beſondre Gewohnheit eingeführt wird, ſo wenig berechtigt ſind, für einen Theil des Staats Geſetze zu geben, als für den ganzen Staat, und, was das ganze Volk betrifft, wenn in dieſem oder jenem Theil des Staats Handlungen derſelben Art noch ſo häufig wiederholt ſind, will wenigſtens das ganze Volk deshalb noch nicht, daß dadurch ein Geſetz entſtehe. Beſonders kömmt aber in Betrachtung, daß auf allen Fall die bloße Beobachtung eines gewiſſen Satzes doch immer die Art nicht iſt, wie Geſetze in Freiſtaaten, und namentlich in einer respublica popularis, zu Stande kommen. Man kann ja auch in Republiken, und beſonders in Demokratien, die Herrſcher von den Unterthanen unterſcheiden. Nur inſoferne das Volk im Ganzen und auf die verfaſſungsmäßige Art handelt, herrſcht es; der Einzelne iſt Unterthan.

Handelt es im Ganzen und blos in der Abſicht, Geſetze zu machen, ſo kann man auch nur annehmen, daß es mit ge-

---

6) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem *abrogentur*.

höriger Ueberlegung zu Werke gehe, wohingegen bei Gewohnheiten der Eine nachmacht, was der Andere ihm vorgethan.

Es kömmt also immer darauf zurück, von welcher Art die Verfassung eines Staats auch seyn mag, Gewohnheiten als Gesetze können nicht anders gelten, als wenn ein geschriebenes Gesetz ihnen Gesetzeskraft beilegt, oder m. a. W. dem Volk, wer davon es auch seyn mag, die Macht zugesteht, durch bloßen Gebrauch Gesetz zu machen.

§ 3.

Erfordert die rechtliche Gewohnheit Handlungen, die opinione necessitatis vorgenommen sind?

Wenn die Rechtsgelehrten erfordern, die Handlungen, aus denen eine Gewohnheit entstehen soll, müßten opinione necessitatis vorgenommen seyn, und dies so verstehen, die Handelnden müssen die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit auf, also zu handeln, welche besonders an dem (vergeblichen) Widerspruch erkennbar seyn soll, gleichwohl aber lehren: eine Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen; so ist es auch mir immer aufgefallen, was der oftermähnte Schriftsteller [7]) rügt, daß sie mit sich selbst in Widerspruch stehen, weil ja dann nie eine rechtliche Gewohnheit entstehen könnte, indem jede ursprünglich auf einem Irrthum beruhen würde. Denn, war der Satz, worauf die Gewohnheit gerichtet ist, schon zuvor den Gesetzen gemäß, so bedurfte es der Gewohnheit nicht, und er gilt fortan nicht vermöge der Gewohnheit, sondern vermöge des Gesetzes, welches durch die Gewohnheit nur unterstützt wird, dieser Stütze jedoch nicht bedarf. War er es aber nicht, so irrten die Handelnden, und folglich sind ihre Handlungen nicht tauglich, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Ueberhaupt entbehrt jener Satz, auf die angeführte Art verstanden, eines hinlänglichen Grundes. Wohl aber, glaube ich, kann man sagen, **die Handelnden müssen einen gewissen Satz als Gesetz befolgt haben**, nicht als sey er ein Gesetz, sondern als solle er eins seyn. Denn, es liegt doch immer bei dem Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, daß **das Volk** durch den Gebrauch **ein Gesetz macht** [8]), was freilich in Republiken, wie in monarchischen Staaten, nur auf Autorisation der Staatsgewalt geschehen kann.

---

7) **Klötzer** a. a. O. S. 196.

8) L. 32. §. 1. L. 35. D. de leg. — — Quid interest, suffragio **populus voluntatem suam declaret**, an rebus ipsis et factis. —

Indem man den Satz aufstellt, die Handlungen müssen opinione necessitatis vorgenommen seyn, wird zugleich bemerkt daß willkührliche Handlungen, z. B. was per modum precarii, oder aus Mitleiden, Freundschaft, Menschenliebe, geschehen, oder was durch Vergleich oder Vertrag bewilligt worden, nicht tauglich sey, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Der angeführte Schriftsteller hingegen lehrt: ein Vertrag könne in Beziehung auf dritte Personen eine Gewohnheit begründen, und zwar, wenn ich ihn anders richtig verstehe, nicht, daß dies oder jenes geschehen müsse, sondern daß es geschehen oder unterbleiben könne [9]).

Mir scheint es, die Lehre von der Gewohnheit sey auch in dieser Hinsicht noch nicht gehörig aufgeklärt, die Wahrheit könne auch nur dann erkannt werden, wenn man sich an den oben aufgestellten einfachen Satz hält: zur Gewohnheit gehöre, daß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt sey. Willkührliche Handlungen würden durch den falschen Satz, wornach die Handlungen opinione necessitatis, d. h. in der Meinung von dem Daseyn einer verbindlichen Norm vorgenommen seyn müssen, ausgeschlossen seyn, aber durch den wahren Satz: es muß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt seyn, sind sie es keinesweges. Im Gegentheil gehören grade willkührliche Handlungen zur Begründung einer Gewohnheit und unwillkührliche sind ausgeschlossen. Sollen also Handlungen der angeführten Art nicht tauglich seyn, ein Gewohnheitsrecht zu begründen, so muß der Grund davon anders worin liegen, als darin, daß sie actus arbitrarii sind. Dieser Grund kann kein andrer seyn, als daß die Handelnden die Absicht hatten, ein Gesetz zu gründen.

Ist aber diese Absicht durch die Natur jener Handlungen wirklich als ausgeschlossen anzunehmen? Diese quaestio facti wird im Allgemeinen zu bejahen seyn. Was indessen den Vertrag betrifft, so kann dabei eine Gewohnheit zum Grunde liegen, so, daß das Versprechen eine Folge derselben ist. M. a. W. der Vertrag wiederholt blos, wozu, vermöge der Gewohnheit der eine berechtigt, der andre verpflichtet ist. Es kann aber auch seyn, so scheint es mir fast, daß die Gewohnheit grade darin besteht, Vertragsweise so etwas zu versprechen. Im erstern Fall führt der Vertrag keine Gewohnheiten ein, sondern erkennt sie als vorhanden an; im zweiten Fall kann eine Gewohnheit entstehen. Es kann endlich auch seyn, daß der Vertrag blos auf die Personen der Contrahenten seine Wirkung einschränkt, indem er sich weder auf Gewohnheit gründet, noch

9) S. Klöppen a. a. O. S. 209 folg.

die Abſicht darauf gerichtet iſt, ein Geſetz einzuführen; und das wird grade der gewöhnliche Fall ſeyn.

§. 4.

Hindert Irrthum die Entſtehung einer Gewohnheit?

Den Satz, daß die Gewohnheit nicht auf einen Irrthum ſich gründen müſſe, beſtreitet Klötzer [10]). Die hieher gehörige Stelle der Pandekten [11]) beziehe ſich blos auf das Erforderniß der Gewohnheit, daß ſie vernünftig ſeyn müſſe. Wer eine unvernünftige Gewohnheit für vernünftig halte, irre ſich, und von einem Irrthum dieſer Art, den Klötzer einen objectiven nennt, ſey in der angeführten Stelle nur die Rede. Ein Irrthum andrer Art, ein ſubjectiver Irrthum, wie Klötzer ihn nennt, komme nicht in Betrachtung; an dieſem nehme der Staat kein Intereſſe.

Es könnte immerhin ſeyn, daß jene Stelle die gewöhnliche Theorie nicht beſtätigte; deshalb kann der Satz ſelbſt doch wahr ſeyn. Ihn hat Klötzer keineswegs widerlegt, ſein Beweis iſt nicht gegen den Beweisſatz, ſondern nur gegen das Beweismittel gerichtet.

Aber auch ſelbſt das ſcheint mir noch keineswegs ausgemacht, daß jene Stelle die Lehre nicht beſtätigen ſollte, ein Gewohnheitsrecht müſſe urſprünglich nicht auf Irrthum beruhen.

Zwar, glaube ich, kommt das Wort: error hiebei nicht in Betrachtung; deſto mehr kommt aber in Betrachtung das Wort: ratio. Ratio iſt nämlich hier ein vernünftiger Grund und error das Gegentheil, Unvernunft, Mangel eines vernünftigen Grundes, mit einem poſitiven Zuſatz [12]). Die Stelle will alſo ſagen: Was urſprünglich auf keinem verünftigen Grunde beruht und durch Gewohnheit beibehalten iſt, dient nicht zur Norm, die auch für die Zukunft oder für andere Fälle beizubehalten wäre. Nun aber ſcheint es mir, was auf Irrthum beruht, habe auch keinen vernünftigen Grund; denn der Grund iſt ja dann eine falſche Vorſtellung. Eine falſche Vorſtellung kann man kaum einen wahren Grund nennen und alſo kann man auch ſagen, die auf Irrthum beruhende Gewohnheit habe gar keinen Grund.

---

10) S. 134. folg.

11) L. 39. D. de leg. Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

12) In L. 1. C. quae sit longa consuet. heißt es: consuetudo praecedens et ratio, quae consuetudinem suasit, custodienda est.

Ganz von dieſer Stelle und dieſer Auslegung derſelben abgeſehen, läßt ſich der Satz: die Gewohnheit müſſe urſprünglich nicht auf Irrthum beruhen, noch auf andre Art erweiſen. Es liegt, wie ich ſchon erwähnt habe, beim Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, das Volk habe die Abſicht, ein Geſetz zu machen. Dieſe Abſicht hindert der Irrthum, und wenn das Volk einen gewiſſen Satz befolgt, weil es in dem Wahn ſteht, er ſey den beſtehenden Geſetzen gemäß, ſo hat es ja den Willen nicht, ihn zum Geſetz zu erheben, ſondern will ein Geſetz, was, ſeiner Meinung nach, ſchon vorhanden iſt, blos befolgen. Es offenbart ſich hier dann nicht die Meinung des Volks, dies ſoll Geſetz und Regel für uns ſeyn; — und wenn auch nicht grade nöthig ſeyn möchte, daß dieſe Meinung poſitiv ſich ergiebt, muß doch ſo ſcheint es, nicht wie hier, der Mangel derſelben ſich hervorthun.

Beim geſchriebenen Geſetz wurde es zwar nicht darauf ankommen, ob irrthümliche Vorſtellungen des Geſetzgebers ihn bewogen, es zu geben; aber dieſer hat doch immer die Abſicht, es zu geben, wenn auch Irrthum es war, der ihn dazu verleitete.

§. 5.

Von der Kraft der Gewohnheit.

1. Ergänzung mangelhafter Geſetzgebung. Analogie beim Gewohnheitsrecht.

Die Gewohnheit hat Geſetzeskraft vermöge der poſitiven Geſetze, namentlich des römiſchen und canoniſchen Rechts, ſie hat ſie aber nur, wie Klötzer bemerkt, ſo weit dieſe Geſetze ſie ihr beigelegt haben. Das iſt an und für ſich richtig. Man kann alſo nicht ſagen, die Gewohnheit hat vim legis, folglich hat ſie alle die Wirkungen, die ein Geſetz, ein geſchriebenes nämlich, auch hat. Nein, es iſt eine hiſtoriſche Frage, welche Wirkungen der Geſetze ihr actu beigelegt ſind.

Ohne Zweifel gehört zu den Wirkungen der Gewohnheit, daß dadurch neue Rechtsnormen eingeführt werden können, und zwar ſolche, wodurch die Mängel der Geſetzgebung ergänzt werden. Wo es an geſchriebenen Geſetzen fehlt, gilt, was durch Gewohnheit eingeführt iſt [13]). Die eigentliche Sphäre des Gewohnheitsrechts iſt alſo das Feld, was das Geſetz ihr übrig gelaſſen hat. Es iſt m. a. W. eine Rangordnung zwiſchen beiden; zuerſt kömmt das Geſetz, dann die Gewohnheit.

Wenn dies richtig iſt, wie ſich in der Folge beſtätigen wird,

---

13) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

ſo könnte die Frage entſtehen, wenn ein Fall vorkäme, welcher in dem Umfange eines geſchriebenen Geſetzes nicht enthalten, jedoch dem darunter begriffenen Fall ähnlich wäre, es wäre aber ein Gewohnheitsrecht vorhanden, was für jenen im Geſetz nicht enthaltenen Fall eine Beſtimmung enthielte, was dann den Vorzug habe, die analogiſche Anwendung des geſchriebenen Geſetzes, oder das Gewohnheitrecht? Auf der einen Seite ſchreiben die Geſetze dem Richter vor, ein Geſetz auf darunter nicht begriffene, jedoch ähnliche Fälle anzuwenden, und man kann es ſo anſehen, als ſey dieſe Anwendung dem Geſetz ſelbſt gemäß, was auf ſolche Art angewandt wird [14]). Allein auf der andern Seite iſt die Anwendung eines Geſetzes auf ähnliche Fälle doch nur ein durch die Geſetze gebilligter Nothbehelf. Jene Vorſchrift gilt nur in subsidium, nämlich: wenn es für dieſen Fall an einem eignen Geſetz fehlt. Es können nämlich die Geſetze nicht auf alle mögliche Fälle, die etwa vorkommen können, Bedacht nehmen. Kömmt nun ſo ein Fall vor, der in dem Umfange eines Geſetzes nicht enthalten iſt, ſo war es natürlich, daß zur Abhelfung dieſes Mangels der Richter auf diejenigen, Geſetze hingewieſen ward, welche von ähnlichen Fällen handeln [15]). Es fehlt aber an einem eignen Geſetz nicht, wenn ein Gewohnheitsrecht vorhanden iſt, welches für Fälle dieſer Art eine Beſtimmung enthält.

Indem die aufgeworfene Frage zum Vortheil des Gewohnheitsrechts zu entſcheiden iſt, giebt dies zugleich Gelegenheit, die Bemerkung zu machen, daß nicht blos bei geſchriebenen Geſetzen eine Entſcheidung nach der Analogie Statt finde, ſondern daß das Gewohnheitsrecht ihnen auch darin gleich kömmt, daß es auf ähnliche Fälle auszudehnen iſt [16]), verſteht ſich auf ſolche, die das Geſetz und auch das Gewohnheitsrecht unbeſtimmt gelaſſen hat.

---

14) L. 26. D. de leg. Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. L. 27. D. eod. Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper *quasi* hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

15) L. 10. 11. 12. 13. D. de leg.

16) L. 32. pr. D. de leg. De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. Anton Faber ad h. l. (Rationalia tom. I. p. 43.)

§. 6.
Fortsetzung.
2. Die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze.

Daß die Gewohnheit die Kraft habe, einem dunkeln geschriebenen Gesetz einen bestimmten Sinn zu geben, lehrt das römische Recht zu deutlich, als daß daran gezweifelt werden könnte [17]). Es ist dies aber ein Satz, der uns nur deshalb nicht auffällt, weil wir so sehr daran gewöhnt sind. Unbekannt mit dem römischen Recht würde wohl schwerlich ein Gesetzgeber, geschweige denn ein Rechtsgelehrter, darauf verfallen, dem bloßen Gebrauch die Kraft beizulegen, den Sinn eines Gesetzes zu bestimmen. Mir wenigstens scheint die Auslegung geschriebener Gesetze durch ungeschriebenes Recht eine seltsame Unregelmäßigkeit des römischen Rechts zu seyn.

Ein Gesetz autentisch interpretiren kann nur derjenige, der es gab. Daraus folgt nun, ein geschriebenes Gesetz kann nur durch ein geschriebenes Gesetz interpretirt werden sonst fällt Identität des Subjects, mithin interpretatio authentica weg.

Ein Gesetz auslegen kann zwar auch der Rechtsgelehrte nach den Regeln der Kunst. Hier aber handelt es sich nicht von einer nach den Regeln der Kunst zu veranstaltenden Auslegung, die dann auch einer Prüfung unterliegen, und besserer Erkenntniß weichen müßte, sondern von einer solchen, deren Gültigkeit blos darauf beruht, daß sie gebräuchlich, und die daher auch keiner Verbesserung fähig ist. Darf das Volk ein Gesetz auslegen, was der Regent gab, ohne dabei an Regeln gebunden zu seyn, so ist es ja in die Macht des Volks gegeben, den wahren Sinn des Gesetzes, mithin das Gesetz selbst, bei Seite zu setzen. Es entsteht eine Zwittergattung von Interpretation, wobei man in Verlegenheit ist, wohin man sie bringen soll, da sie zur autentischen Interpretation nicht gehört, deren Natur und Kraft sie sich gleichwohl anmaaßt, sondern zur interpretatio heterotentica, und doch die wissenschaftliche von ihr nichts wissen, sie für ihre Schwester nicht anerkennen will, so daß sie genöthigt ist, sich zwischen beide gewaltsam einzudrängen. Nur insofern kann Usualinterpretation Werth haben, als sie mit dem Gesetz von gleichem Alter ist, wenigstens aus einer Zeit herrührt, von welcher glaublich ist, daß man den Sinn des Gesetzes besser als jetzt kennen konnte. Dann wäre sie aber nicht sowohl von Werth, weil sie die gewöhnliche ist, oder auf Gewohnheit beruht, als wegen der Wahrscheinlichkeit besserer Erkenntniß. Auch davon abgesehen, kann

17) L. 37. 38. D. de leg.

es rathſam ſeyn, die gewöhnliche Auslegung nicht zu verlaſſen [18]), wenn man nicht eine offenbar beſſere an deren Stelle ſetzen kann, damit das Recht zum groſſen Nachtheil des Staats nicht unſicher und ſchwankend ſey [19]). Aber man muß ihr doch nicht grade Geſetzeskraft beilegen, wodurch obwohl die Zeit die Mängel derſelben nicht heilen kann, auch eine unvernünftige und offenbar verwerfliche Auslegung in Schutz genommen wird.

Freilich, wenn der Regent der Uſualinterpretation ſeine Zuſtimmung giebt, wird ſie dadurch zum Range einer autentiſchen erhoben; aber das kann doch nicht gerechtfertigt werden, wenn er ihr im Voraus und im Allgemeinen geſetzliches Anſehen giebt, und davon iſt hier grade die Rede; denn eine ſpecielle Billigung dieſer oder jener Auslegung iſt von einem geſchriebenen Geſetz ſo wenig als die Gewohnheit überhaupt zu unterſcheiden. Indeſſen, wenn es einmal Grundſatz iſt, der Gewohnheit die Kraft eines Geſetzes beizulegen, wenn ſie ſogar Geſetze aufheben kann, ſo iſt es wenigſtens conſequent, ihr auch in Hinſicht auf Auslegung geſetzliches Anſehen mitzutheilen.

Aber, es ſtößt mir ein Zweifel auf! Iſt es denn wirklich wahr, daß nach dem neuern römiſchen Recht die Gewohnheit noch die Kraft habe Geſetze auszulegen, ſo daß dieſe Auslegung geſetzliches Anſehen hat? Daran könnte einigermaaßen gezweifelt werden. Ich will mich nicht bei einem Reſcript der Kaiſer Valentinian und Martian aufhalten, welches im Codex aufbewahrt iſt [20]). Es würde den Einwand zulaſſen: Unius positio non est alterius exclusio. Aber es giebt ein anderes, von Juſtinian herrührendes, vom Jahr 529, was durch ſeinen Inhalt jenen Einwand auszuſchlieſſen ſcheint. Hier handelt Juſtinian von der Auslegung der Geſetze, die durch

---

18) Hieher ſcheint zu gehören der Ausſpruch des Paulus: Minime sunt mutanda, quae interpretationem certam semper habuerunt. L. 23. D. de leg.

19) Omnis mutatio in republica periculosa est, ut dicebat Plato, sed legum periculosissima, quia sunt columnae et fulcra reipublicae, bemerkt Anton Faber zu ſeiner Stelle (Rationalia in Pand. tom. I. p. 40.).

20) L. 9. C. de leg. Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab Imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

den Regenten geſchiehet, und läßt ſich darüber L. 12. §. 1. Cod. de legibus folgendermaaßen vernehmen: Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si Imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi Regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet. Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad nos decurratur? et quare omnes ambiguitates judicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse, videbitur nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum, solus Imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majestas Imperialis permisit.

Sagt hier nicht Juſtinian ausdrücklich, nur der Regent allein kann gegenwärtig noch Geſetze geben, und ihm allein ſteht es zu, ſie auszulegen? Wird dadurch nicht die Gewohnheit, als Auslegerinn der Geſetze, ausgeſchloſſen? Und kann die Lehre der Pandecten mit dieſem Ausſpruch des Codex beſtehen, muß ſie nicht vielmehr als veraltetes Recht dem neuern Geſetz weichen? Beſonders ſcheint das Princip, woraus der Satz: dem Regenten allein ſtehe das Recht der Auslegung zu, als Folgerung gefloſſen iſt, nämlich, daß dem Regenten jetzt nur allein die Macht zuſtehe, Geſetze zu geben, mit der Fortdauer der Gewohnheit, als Auslegerinn der Geſetze mit geſetzlichem Anſehen, fernerhin nicht verträglich zu ſeyn. Vergebens würde man einwenden, die Stelle des Codex würde zuviel beweiſen, weil, wenn dem Regenten allein die Macht der Auslegung zuſtehe, auch der Rechtsgelehrte und Richter nicht berechtigt ſeyn würde, die Geſetze auszulegen. Denn es verſteht ſich, daß Juſtinian nur von einer ſolchen Auslegung ſpricht, die durch ſich ſelbſt gilt, keinen Zweifel übrig läßt, und auch für die Zukunft zur Norm dient, wie auch der Zuſammenhang der ganzen Stelle deutlich genug ergiebt.

Indeſſen, bei allem dem glaube ich doch nicht grade, es

ſey des Kaiſers Meinung geweſen, der Gewohnheit in Hinſicht auf die Auslegung das geſetzliche Anſehen zu nehmen. Die dem Regenten mit Ausſchlieſſung jeder andern Autorität beigelegte Macht der Auslegung iſt nicht auf das Volk und nicht auf die Gewohnheit zu beziehen, ſondern unter der ausgeſchloſſenen Auctorität irgend eine andre (untergeordnete) obrigkeitliche Behörde zu verſtehen. Daß der Kaiſer die Gewohnheit von der Auslegung nicht ausſchlieſſen wollte, wird ſchon dadurch wahrſcheinlich, daß ſein Geſetz älter iſt, als die Abfaſſung der Pandecten, und ſelbſt, wenn ſeine Ausdrücke von der Art wären, daß ſie unter andern Umſtänden jede Auslegung mit geſetzlichem Anſehen, die nicht vom Geſetzgeber ſelbſt herrührt, ausſchlieſſen würden, müſſen ſie doch nun, weil es möglich iſt, die widerſtreitenden Stellen durch Einſchränkung zu vereinigen, mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts verſtanden werden, als welches der nothwendige Zuſammenhang der Geſetzgebung erfordert.

§. 7.

Fortſetzung.

3. Kraft der Gewohnheit, Geſetze aufzuheben.

Ob durch eine Gewohnheit ein geſchriebenes Geſetz abgeändert, oder gar ganz aufgehoben werden könne, das iſt eine von den vielen Fragen in der Lehre von der Gewohnheit, worüber die Rechtsgelehrten heftig ſtreiten. Wer ſie von ſich ablehnte, den würde der Vorwurf treffen, daß er grade das Schwierigſte von ſich abgelehnt habe. Klötzer gehört zu denjenigen, welche die Frage verneinen; die meiſten bejahen ſie.

Wenn wir, bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage, die poſitiven Geſetze einſtweilen bei Seite ſetzen, ſo läßt es ſich ſehr wohl hören, wenn ein Regent den Unterthanen erlaubt, gute Gewohnheiten, woran ſie Gefallen finden, bei ſich aufkommen zu laſſen, und dadurch die mangelhafte Geſetzgebung, wie die Erfahrung es räth, zu ergänzen. Aber Gewohnheiten, welche die Geſetze zu brechen ſich anmaaßen, können für keine gute Gewohnheiten gelten; ſie ſind es nicht in den Augen des Regenten, ſie ſind es an ſich nicht, weil die Unterthanenpflicht dadurch verletzt wird. Ja, von allen unvernünftigen Sätzen, die es in der Welt nur geben kann, ſcheint es mir einer der unvernünftigſten zu ſeyn, wenn, zumal in monarchiſchen Staaten, der Geſetzgeber den Unterthanen erlaubt, die Geſetze, die er ihnen gegeben, nicht nur nicht zu befolgen, ſondern ſie auch ſogar ipso facto aufzuheben.

Wenn wir uns dann an die poſitiven Geſetze wenden, um Antwort auf unſre Frage zu vernehmen, ſo hören wir Stimmen, die ſich zu widerſprechen ſcheinen, wodurch arme Rechts-

gelehrte Jahrhunderte hindurch von Zweifeln gequält, bald hierhin bald dorthin irre geleitet wurden.

Habe ich die Gesetze richtig verstanden, so muß die aufgeworfene Frage — bejaht werden. Wer sie bejaht, muß aber den Beweis übernehmen. Denn, da die Gewohnheit, an und für sich von gesetzlicher Kraft entblößt, sie nur insoweit mit sich führt, als selbige ihr durch das positive Recht beigelegt worden, muß das Factum, diese oder jene Kraft geschriebener Gesetze sey ihr durch allgemeine oder besondre Gesetze beigelegt, von demjenigen bewiesen werden, der es behauptet. Diesen Beweis will ich zu führen suchen, und dabei alle falschen Gründe bei Seite werfen, als deren ich ohnehin nicht bedarf. Ich berufe mich also nicht auf den allgemeinen Grundsatz: consuetudo legalis potestate pollet legis scriptae; denn das würde eine petitio principii seyn. Kein Gesetz stellt den allgemeinen Grundsatz auf: der Gewohnheit sind sämmtliche Wirkungen geschriebener Gesetze mitgetheilt. Es heißt zwar: Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur [21]), aber das will doch eben nichts weiter sagen, als: die Gewohnheit gilt wie ein Gesetz, nicht grade, daß sie alle Wirkungen des Gesetzes hervorbringe. Ich sage damit immer nicht, daß der Satz nicht dem römischen Recht gemäß seyn sollte; dies lasse ich einstweilen dahin gestellt seyn; er soll erst bewiesen werden. Das Resultat des Beweises wird freilich seyn: die Gewohnheit hat alle Wirkungen geschriebener Gesetze. Denn sie hat die Kraft, Gesetze aufzuheben, also diejenige Wirkung auch, die ihr allein nur noch streitig gemacht werden konnte. Wohl aber berufe ich mich auf den Ausspruch des Julian: Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur [22]).

Zwar ist schon häufig von denjenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft, Gesetze aufzuheben, absprachen, falls nicht der Regent seine Zustimmung dazu gegeben, besonders von Pufendorf [23]) bemerkt, mit diesem Ausspruch des Julian beziehe es sich auf die frühere democratische Verfassung des römischen Staats. Das könnte immerhin wahr seyn; daraus folgt ganz und gar nicht, was sie daraus ableiten, daß der Satz selbst veraltet und nicht mehr

21) L. 32. §. 1. D. de leg.

22) L. 32. §. 1. D. de leg.

23) Obs. jur. un. tom. I. obs. 198.

anwendbar ſey. Ja, er gilt allerdings; gilt, weil Juſtinian ihn als geltendes Recht in ſeine Geſetzſammlung aufnahm. Der Tadel, der daraus hervorgeht, trifft den Geſetzgeber, der einen Satz, welcher der republicaniſchen Verfaſſung angepaßt war, auf die Monarchie übertrug, hebt aber die Gültigkeit deſſelben keineswegs auf. Indeſſen ſind wir oben zu dem Reſultat gelangt, daß die Aeußerung des Julian, welche ſich aus einer Zeit beſchreibt, da die Verfaſſung des römiſchen Staats keine republicaniſche mehr war auch einer ſolchen nicht und nicht einmal einer rein democratiſchen angemeſſen ſey.

Aber freilich ſcheint mit der Lehre des Julianus eine bekannte Stelle des Codex in Widerſpruch zu ſtehen und nach der Regel: Lex posterior derogat priori, ſie zu überwinden. Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adèo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem [24]).

Die gewöhnlichen Verſuche beide Stellen zu vereinigen, beruhen auf leeren und unhaltbaren Hypotheſen und werden daher billig übergangen. Nur ſoviel kann ich im Vorbeigehen doch nicht unterlaſſen, zu bemerken, daß der Nachdruck, den man auf die Worte: sui momento zu legen geneigt iſt, wenigſtens an den Baſiliken keine Stütze findet, woſelbſt nämlich dieſe Worte als unnütz weggelaſſen ſind [25]).

Zwar, zu vereinigen ſind beide Stellen, das glaube ich auch; aber das Mittel dazu iſt ganz wo anders zu finden, als wo man es gewöhnlich ſucht.

Die Baſiliken fanden beide Stelle vereinbarlich. Sie nahmen beide Stellen unter denſelben Titel auf. Zuerſt kömmt die Lehre des Julian, der hier jedoch nicht genannt wird; ſondern Ulpian wird als Gewährsmann aufgeführt. Es heißt nämlich: Lib. Bas. II. XLI. 2. Ὡςπερ ἡ θέσις του νόμου ἢ ἔγγραφός ἐστιν ἢ ἄγραφος, ὄυτω καὶ ἡ ἀναίρεσις ἀυτου ἢ δι ἐγγράφου γίνεται νόμου ἢ δι ἀγράφυ, τουτ ἔστι τῆς ἀχρησίας [26]).

---

24) L. 2. C. quae sit longa cons.

25) Basil. L. II. 51. Τῆς συνηθείας και τῆς χρήσεως ἡ ἀυθεντία ουκ ἐπι τοσουτον ἰσχύει, ἐς και τον λογισμὸν και τον νόμον ἱπερτικᾶν. Consuetudinis ususque auctoritas tantum non valet, ut rationem vincat aut legem.

26) Sicut lex scripto vel sine scripto constituitur, ita vel lege scripta vel non scripta abrogatur, id est per desuetudinem. Bald hinterher folgt die in der vorigen Note angeführte andre Stelle.

Anton Faber [27]) unterſcheidet desuetudo und consuetudo legi contraria, und glaubt, der Unterſchied beſtehe darin: zur desuetudo werde der tacitus consensus omnium erfordert, zur consuetudo hingegen nicht; daher könne die consuetudo legi contraria das Geſetz nicht aufheben, es ſey denn, daß ſie zugleich als desuetudo angeſehen werden könne. Seine hieher gehörigen Worte ſind: — non potest quidem consuetudo vincere legem, sed desuetudo potest eam abrogare: quia cum tacitus ille consensus populi sit lex quaedam tacita, tantam vim habens, quantam expressa; consequens est, ut quemadmodum per posteriorem legem expressam prior possit abrogari, ita et possit per desuetudinem, quasi per quandam legem tacitam. Itaque plus potest desuetudo ad legem abrogandam, quam consuetudo legi contraria, si praesupponas desuetudinem nullam esse, quomodo fieri facile potest, ut lex vigeat et consuetudo aliqua contra legem induratur. Desuetudo enim requirit tacitum consensum totius populi, ut lex ait, consuetudo vero non item; nisi ea quae vim legis habeat. Denique potest vincere legem ea demum consuetudo, quae desuetudinem admixtam habeat, quod tamen cum fit non tam consuetudo, quam desuetudo illa est, quae vincit et abrogat legem. Ich ſehe indeſſen keinen zureichenden Grund, weshalb anzunehmen, die Gewohnheit, wodurch ein Geſetz aufgehoben wird, erfordere mehr, als nöthig iſt, ein ſolches einzuführen. Auch nimmt Anton Faber ſeine Behauptung dadurch zurück, daß er diejenige consuetudo (constitutiva) ausnimmt, welche vim legis haben ſoll. Seine Meinung ſcheint alſo im Grunde dahin zu gehen, die consuetudo legi contraria gelte nur dann nicht, wenn ſie nicht die Erforderniſſe einer geſetzlichen consuetudo an ſich trägt. (Mit dem tacitus consensus omnium beziehet es ſich, mit Anton Faber's Erlaubniß ſey es angemerkt, nur auf eine allgemeine Gewohnheit, ſie mag ein Geſetz aufheben oder einführen; dahingegen kennen unſre Geſetze auch Gewohnheiten, die ſich auf einzelne Theile des Staats, auf Provinzen, Städte u. ſ. w. beziehen [28]); und dieſe werden grade die gewöhnlichen ſeyn. Ueberhaupt iſt der consensus tacitus etwas, was nicht ſowohl Bedingung der Gewohnheit iſt als vielmehr nur dazu dient, ihre Kraft zu erklären und ſie zu rechtfertigen.) [29]).

---

27) Ad L. 32. D. de leg. (Ration. p. 43.)

28) L. 34. D. de leg. L. 3. C. quae sit longa cons.

29) Nach den zuletzt angeführten Worten der Baſiliken heißt es da-

§. 8.
Epiſode.

Begriff der Entwöhnung (desuetudo).

Ich weiß nicht, was die Rechtsgelehrten berechtigen konnte, den rechtlichen Begriff der Entwöhnung (desuetudo) ſo enge zu beſtimmen, daß die entgegenſtehende Gewohnheit (consuetudo legi contraria) dadurch ausgeſchloſſen wird. Entwöhnung, in Beziehung auf ein Geſetz, iſt in der That nichts anders, als Abſchaffung eines Geſetzes durch Gewohnheit. Dies iſt ſowohl dem Geiſt der lateiniſchen als teutſchen Sprache angemeſſen und es wird auch durch die Baſiliken beſtätigt, die Entwöhnung mit lex non scripta und zwar einer ſolchen, wodurch ein Geſetz aufgehoben wird, für gleichbedeutend zu nehmen. Die Entwöhnung kann auf doppelte Art vor ſich gehen. Die eine iſt von verneinender Natur, die andere ſetzt etwas. Die erſtere iſt das, was die Rechtsgelehrten ausſchließlich unter Entwöhnung verſtehen; die letztere bezeichnen ſie durch die entgegenſtehende Gewohnheit. Man kann allerdings dieſen Unterſchied aufſtellen; nur müſſen beide unter einem allgemeinen Begriff, dem hier gegebenen, vereinigt und blos als Arten Einer Gattung einander entgegengeſtellt werden, wobei das, was die Rechtsgelehrten unter Entwöhnung verſtehen, durch Entwöhnung im engern Sinn bezeichnet werden kann.

Zur Entwöhnung in dem engern Sinne der Rechtsgelehrten gehört, daß ein gewiſſes Geſetz ſeit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt iſt, da doch Fälle genug vorgekommen ſind, in welchen es hätte angewandt werden können oder müſſen. (Darin ſtimmen wohl alle überein, weshalb ich auch auf Niemanden mich namentlich berufe).

ſelbſt weiter: ἡ μακρὰ συνήθεια ἀντὶ νόμου κρατεῖ, ἐν οἷς οὐκ ἔγγραφος. — Diuturna consuetudo pro lege observatur, in quibus lex scripta deficit. Zu den Worten: Diuturna consuetudo pro lege observatur, gehört folgendes Scholion. Hoc intellige si consuetudo, quae obtinuit, non sit juri contraria.

Enantiophan. Noli existimare hoc adversari ei, quod dicitur in fine capitis praecedentis; ibi enim de desuetudine loquens ait, consuetudinem jus novum non inducere, si lex proferatur: Nam fieri quidem potest, ut per desuetudinem jure scripto non utamur, non etiam ut consuetudine contra legem utamur. Nota igitur hoc quod scitu dignum sit et frequens. Was der Scholiaſt eigentlich ſagen will, iſt undeutſch und vermehrt die Ungewißheit. Indeſſen ſcheint es faſt, als ob Anton Faber's Meinung dadurch einigermaaßen beſtätigt würde.

Blos dadurch entſteht ſie nicht, daß Einzelne von ihrem Rechte keinen Gebrauch machten, und auf der andern Seite ſcheint auch dazu nicht nöthig zu ſeyn, daß das Geſetz bei Gericht nicht befolgt, oder gar, wie Leyſer [30] behauptet, bei dem Widerſpruch des Gegners vom Richter auf den Nichtgebrauch des Geſetzes erkannt ſey (desuetudo contradicto judicio firmata), was auf einen Widerſpruch führt ebenſowenig, wie zur Einführung einer conſtituirenden Gewohnheit gerichtliche Handlungen erforderlich ſind, oder gar eine consuetudo contradicto judicio firmata. Ueberhaupt ſcheint es mir, daß im Allgemeinen alles, was von der Gewohnheit gilt, auch auf die Entwöhnung anwendbar ſey. Zwar beſteht die Entwöhnung in der Nichtbeobachtung eines Geſetzes (non usus), doch iſt ſie desbalb nicht der Mangel einer Gewohnheit; das reine Gegentheil von Gewohnheit oder Gewöhnen würde ſeyn Nichtgewohnheit, Nichtgewöhnen (non consuescere), wie Schweitzer [31] richtig bemerkt hat; ſie iſt auch nicht blos, wie Corasius [32] lehrt, der Gewohnheit ſehr ähnlich, ſondern vielmehr — ſelbſt Gewohnheit, wie ſchon Gundling's philoſophiſchem Scharfſinn nicht entgieng [33] und ebenfalls Schweitzer [34] mit Recht annimmt, diejenige Art von Gewohnheit nämlich, die auf Unterlaſſen gerichtet iſt, und dabei unterſcheidet ſie ſich von einer consuetudo constitutiva negativa dadurch, daß durch ſie kein Rechtsſatz eingeführt, ſondern aufgehoben wird, indem ſie ſich auf ein geſchriebenes Geſetz bezieht, auf deſſen Aufhebung ſie gerichtet iſt [35]. Und, gleichwie bei der einführenden

30) Spec. q. med. 10.

31) De desuetudine liber sing. p. 58. Desuetudinem consuetudini non ita esse oppositam, ut, quod altera voce adfirmatur, altera voce simpliciter negetur, eo intelligitur, quod desuescere non significet non consuescere, sed non amplius consuescere seu desisse consuescere. Die Bedeutung von Entwöhnen, eine Gewohnheit ablegen, muß man indeſſen wohl bemerken, hat das Wort nur dann, wenn es auf Gewohnheit bezogen wird. In der gemeinen Bedeutung bezieht es ſich immer auf Gewohnheit, aber bei der rechtlichen liegt dieſe Beziehung ferne und es liegt dabei die allgemeinere zum Grunde, ſich an das Gegentheil gewöhnen.

32) De jure civ. in art. red. Lugd. 1560. P. 3. cap. 15. p. 190.

33) Gundlingiana VII. n. 3. §. 21.

34) De desuetudine cap. 3. p. 58. seq.

35) Schweitzer de desuetudine cap. 3. p. 58. sq.

Gewohnheit die Absicht ist, ein Gesetz zu gründen, liegt bei der Entwöhnung die Absicht zum Grunde, ein solches abzuschaffen. Daß die Entwöhnung Art der Gewohnheit sey, wird abermals durch die angeführte Stelle der Basiliken bestätigt: denn sie ist ja eine Art dessen, was die Basiliken durch lex non scripta (wodurch ein Gesetz aufgehoben wird) erklären.

Die entgegenstehende Gewohnheit würde seyn, die seit langer Zeit häufig geschehene Befolgung eines Rechtssatzes, der mit einem vorhandenen geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht, so daß beide nicht nebeneinander bestehen können. Sie ist gleichfalls auf Aufhebung eines Gesetzes gerichtet, doch nicht gradezu, sondern Folgeweise oder mittelbar.

Es schließt aber die entgegenstehende Gewohnheit nicht eben eine Entwöhnung im engern Sinn in sich. wiewohl beide mit einander verbunden seyn können. Möglicherweise sind Fälle vorgekommen, in welchen das Gesetz hätte angewandt werden können oder müssen, man hat es aber nicht angewandt, sondern statt dessen einen Rechtssatz befolgt, der mit dem Gesetz in Widerspruch steht. Jene ist nicht blos Entwöhnung im allgemeinen Verstande, d. h. Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit, sondern zugleich einführende Gewohnheit, oder vielmehr sie ist das Erstere vermittelst des Letztern [36]).

§. 9.

Fortsetzung der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben. Erklärung der L. 2. C. quae sit longa consuet.

Indem nun Julianus der Entwöhnung die Kraft beilegt, ein Gesetz aufzuheben, hat er dadurch der entgegenstehenden Gewohnheit, welche zur Entwöhnung mitgehört, diese selbe Kraft beigelegt. Sollte aber das Wort desuetudo von Julian in einem engern Sinn und nicht in dem Umfang, da es die entgegenstehende Gewohnheit mit begreift, gebraucht seyn, was nicht glaublich ist, so ist seine Lehre doch auf beide zu beziehen. Denn, wenn der Volkswille ein Gesetz aufheben kann, blos dadurch, daß das Gesetz nicht befolgt wird, da es doch an Gelegenheit dazu nicht fehlte, wie sollte er denn ein Gesetz nicht (abrogando) aufheben, dadurch, daß er einen Rechtssatz zur Gewohnheit werden läßt, welcher mit einem vorhandenen Gesetz in Widerspruch steht! Ein Gesetz hört ja auf, der Gesetzgeber mag seinen Willen gradezu erklären oder

---

36) Man kann also sagen: es gilt 1) eine einführende Gewohnheit; es gilt 2) eine Entwöhnung; folglich gilt auch 3) eine Gewohnheit, die beides in sich vereinigt.

durch ein entgegenſtehendes Geſetz (abrogando); wie ſollte es denn bei der Gewohnheit anders ſeyn! Dort wirkt der Wille des Geſetzgebers, hier der Wille des Volks, und wenn das Geſetz dem Volk einmal die Macht beilegt, ein Geſetz nicht blos geben, ſondern auch aufheben zu können, ſo iſt es wohl ſehr einleuchtend, daß es nur ganz gleichgültig ſeyn kann, ob das Volk dieſen Willen gradezu erklärt, oder durch einen Umweg.

Wenn nun nach den Pandecten der Volkswille durch Entwöhnung ein Geſetz aufheben kann, und dies auf die entgegenſtehende Gewohnheit mit zu beziehen iſt, ſo iſt es ganz unglaublich, daß der Codex ſich eine ſolche ſchreiende Inconſequenz ſollte erlaubt haben, die Entwöhnung im engern Sinn der Rechtsgelehrten gelten zu laſſen und nur die entgegenſtehende Gewohnheit (consuetudo legi contraria) zu mißbilligen; m. a. W. die Entwöhnung beizubehalten, wenn ſie im bloßen Nichtgebrauch beſteht, nicht aber, wenn ſie in der beſcheidenern Geſtalt einer einführenden Gewohnheit erſcheint.

Nein, ein geſchriebenes Geſetz wird auch noch jetzt durch ein nicht geſchriebenes aufgehoben, wie auch die Baſiliken beſtätigen, mag ſie dann Nichtgebrauch oder entgegenſtehende Gewohnheit ſeyn. Daher irren diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Entwöhnung in dem engern Sinn, worin ſie dieſen Ausdruck nehmen, die Kraft beilegen, ein Geſetz aufzuheben, der entgegenſtehenden Gewohnheit aber, in Folge der Stelle des Codex, dieſe Kraft abſprechen.

Für unſern Zweck könnte es ſchon genug ſeyn, daß die Pandectenſtelle durch die Stelle des Codex nicht aufgehoben oder abgeändert iſt, indeſſen wollen wir uns damit nicht begnügen. Indem wir weiter forſchen, wird der richtige Sinn der Stelle des Codex, worüber uns die Baſiliken, wie die Scholiaſten, keinen Aufſchluß geben, dieſen Satz nicht blos beſtätigen, ſondern auch unſre Kenntniß des römiſchen Rechts poſitiv vermehren.

Verwerfen müſſen wir die Erklärung des Anton Faber, wornach die Stelle des Codex von einer Gewohnheit ſprechen würde, die noch nicht Geſetzeskraft erlangt hat, ſo verſtand ſie auch Cujas [37]); denn dieſer Erklärung ſteht zweierlei entgegen, einmal würde die Stelle dann nichts enthalten, was ſich nicht ſchon von ſelbſt verſtanden hätte, und beſonders zweitens könnte einer Gewohnheit, welche die geſetzlichen Erforderniſſe noch nicht hat, überall keine Auctoritas, und alſo auch keine auctoritas non vilis, beigelegt werden.

---

37) Paratitla h. t.

Verwerfen müssen wir ferner die Erklärung, wornach die anstößige Stelle von einer Gewohnheit handeln würde, die sich gegen ein gebietendes oder verbietendes Gesetz auflehnt, kein solches, was der Privatwillkühr freien Spielraum läßt, so erklärt sie Hofacker [38]). Zwar, die Zusammenstellung von lex und ratio, von denen gesagt wird, daß die Gewohnheit sie nicht überwinden könne, würde dieser Erklärung das Wort reden; allein, wenn einmal der Volkswille mächtig genug ist, ein Gesetz aufheben zu können, so sehe ich nicht, wie die Art des Gesetzes einen Unterschied begründen kann. Wenigstens wäre es sehr inconsequent, wenn die Gewohnheit nur diese oder jene Art von Gesetzen aufheben könnte, da doch der Volkswille, worauf alles ankömmt, immer derselbe ist.

Mit allem dem wissen wir noch immer nichts mehr, als, was der Sinn der Stelle nicht ist. Wie ist sie denn nun zu verstehen, die Stelle des Codex? Ich denke, der Sinn der Stelle liegt ganz nahe. Halten wir uns doch blos an die Worte des Kaisers und nehmen wir uns davor in Acht, sie mit der Aufhebung von Gesetzen in Verbindung zu bringen. Der Kaiser sagt: eine Gewohnheit überwindet das Gesetz nicht. Dies Ueberwinden setzt einen Kampf voraus. Also m. a. W. sagt der Kaiser: Wenn Gesetz und Gewohnheit gegen einander in Kampf treten, dann trägt das Gesetz über die Gewohnheit den Sieg davon. Nicht als könnte die Gewohnheit ein Gesetz nicht aufheben, das kann sie allerdings, wenn sie darauf gerichtet oder Entwöhnung (desuetudo) ist (in dem von mir aufgestellten Sinn), ebenso wie auch das Gesetz die Gewohnheit aufheben kann. Allein, es läßt sich denken, daß Gesetz und Gewohnheit mit einander in Collision kommen, wo nicht die Rede davon ist, daß eins das andre aufheben, sondern welches von Beiden in der Anwendung auf den vorliegenden Fall einander ausschließen soll. In einem solchen Fall hat das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Bestätigt wird diese Erklärung durch den Ausspruch des Ulpian: Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet [39]). Besonders aber dadurch, daß Julian, welcher grade der desuetudo die Kraft beilegt, Gesetze aufzuheben, damit anfängt, daß er lehrt: De quibus causis scrip-

38) Principia jur. civ. §. 126.

39) L. 33. D. de leg.

tis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est [40]).

Der Collisionsfall kann namentlich vorkommen, wenn Gesetz und Gewohnheit vorhanden sind, die den vorliegenden Fall nicht gradezu entscheiden und dann die Frage entsteht, ob er nach der Analogie des Gesetzes oder der Gewohnheit zu entscheiden sey [41]).

§. 10.

Fortsetzung.

Bestätigung durch das canonische Recht.

Auch das canonische Recht steht der Behauptung: daß Gewohnheiten Gesetze brechen, nicht entgegen, bestätigt sie vielmehr. Licet enim longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta. Cap. 11. X. de consuet.

Damit diese Stelle seine Meinung nicht widerlege, sucht Klötzer [42]) sie auf folgende neue Art zu erklären: „Unter consuetudo legitime praescripta sey hier nicht zu verstehen eine verjährte Gewohnheit, sondern eine vorgeschriebene. Der Ausdruck: praescripta, sey hier also nicht Kunstausdruck, wiewohl er gewöhnlich so mißverstanden worden, sondern das Wort in der gemeinen Bedeutung zu nehmen. Der Sinn der Stelle sey mithin: die Gewohnheit könne durch eigne

---

40) L. 32 D. eod.

41) Da ich mich eben mit dieser Materie beschäftigte, stieß ich zufällig auf eine Stelle eines alten vergessenen Schriftstellers, die mir den Muth stärkte, diese Erklärung zu wagen, nämlich auf folgende Stelle des Stephanus Forcatulus Necyomantia jurisperiti sive de occulta Jurisprudentia, Dialog. 1 nr 25. Quae habetur in L. 2. C. quae sit longa consuet. prima facie mihi suspecta fuit. Cum consuetudo ut posterior sic lege potior esse debeat. Quare sic libet d. L. 2 C. quae sit longa cons. interpretari: ut quoties emergit factum recens, de quo lex scripta non est, n que item consuetudo servata, tunc procul dubio a simili judicandum est; quodsi ad tale negotium decidendum lex scripta et consuetudo pugnare inter se videntur tunc potius sequemur legis exemplum, quam consuetudinis. Hoc aperte probatur in l. quod non ratione ff. de legibus, quia lex quae fit consilio virorum prudentum l. j. ff. de leg. in dubiis praesumitur aequior more, qui fulcitur tantum incerto usu multitudinis facit l. de quibus versic. et si qua ff. eod.

42) A. a. O. S. 115 und folg.

Kraft ein vorhandenes geschriebenes Gesetz nicht aufheben; es müsse ihr diese Kraft durchs Gesetz besonders beigelegt, oder sie in dieser Eigenschaft vom Gesetz besonders anerkannt seyn. Allein ich muß gestehen, diese Auslegung widerstrebt ganz meinem Gefühl. Oder vielmehr, es ist leicht, zu zeigen, daß sie falsch sey. Das canonische Recht legt der Gewohnheit die Kraft bei, ein Gesetz aufzuheben, wenn sie ist rationabilis et legitime praescripta. Nun könnte es aber bei einer gesetzlich anerkannten oder gebilligten Gewohnheit auf die Vernunftmäßigkeit nicht weiter ankommen; folglich kann der Pontifex eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit nicht gemeint haben. Ja, es hätte eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit auch nicht einmal eine vorgeschriebene genannt werden können."

Mich dünkt, wer sich viel um den Sinn dieser Stelle bemüht, und weit darnach sucht, dem könnte man zurufen: Nodum in scirpo quaeris! Der Pontifex sagt, was die Worte andeuten: die Gewohnheit, soll sie ein Gesetz aufheben, muß verjährt d. h. durch Ablauf einer langen Zeit (nicht etwa zum Recht, sondern) zum Gesetz geworden seyn. Unter tempus longum verstehe ich jedoch nicht grade, was in der Materie von der Verjährung ein tempus longum technisch genannt wird; denn, wiewohl es möglich ist, daß das canonische Recht wirklich an die Verjährungszeit gedacht hat, dieses von jeher die Meinung der berühmtesten Civilisten und Canonisten gewesen, solches sogar nicht unwahrscheinlich ist, wenn man die Glosse zu dieser Stelle des Codex betrachtet, sind wir doch, glaube ich, nicht berechtigt, mit Sicherheit zu behaupten, daß das canonische Recht die Verjährungszeit auf das ganz verschiedene Institut der Gewohnheit übertragen habe.

Mit dieser Auslegung steht nicht in Widerspruch das Dogma im Decret: Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex [43]), welche ähnlichen Stellen der Pandecten nachgebildet ist [44]), deren Bedeutung aus dem Obigen erhellet. (Wäre hier auch ein Widerspruch, würden doch die Decretalen, als neuer, dem Decret vorgehen.) Von den übrigen Stellen, die Klötzer anführt [45]), läßt sich dies ebensowenig sagen, sie würden immer mit derselben Einschränkung: nisi con-

43) C. 5. D. 1.

44) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

45) §. 27. S. 105.

suetudo sit rationabilis et legitime praescripta, zu verſtehen ſeyn.

§. 11.

Fortſetzung.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft abſprechen, Geſetze aufzuheben, geſtehen ſie ihr doch meiſtens in dem Fall zu, wenn das Oberhaupt des Staats, von dem Daſeyn derſelben unterrichtet, ſie nicht mißbilligt.

Allein, aus dem bloßen Wiſſen und Schweigen kann Zuſtimmung des Regenten ſchwerlich abgeleitet werden. Er kann ja ſeine Mißbilligung blos verſchoben haben. Ja, überhaupt folgt aus dem bloßen Schweigen des Regenten nichts weiter, als daß er, welcher die Nichtanwendung der Geſetze für einzelne Fälle erlauben kann, es geſchehen ließ, daß ſie in dieſem oder jenem Fall nicht befolgt wurden. Die ſtillſchweigende Einwilligung, welche die Rechtsgelehrten aus dem Schweigen des Regenten ableiten, iſt daher keine wirkliche, ſondern eine — nicht vom Geſetz, ſondern von den Rechtsgelehrten — erdichtete. Aber Fictionen haben nur im Reich der Phantaſie ihren Werth; in der wirklichen Welt wird es heißen: der Regent willigte nicht ein. Es würde vielmehr nöthig ſeyn, daß der Regent, von dem Daſeyn der Gewohnheit unterrichtet, ſie ausdrücklich billigte und zwar in der Art, daß ſie das Geſetz ſelbſt verdrängen ſolle. Dann wäre es aber nicht die Gewohnheit, welche das Geſetz aufhöbe, ſondern der Wille des Regenten, und die Gewohnheit gäbe nur die Veranlaſſung dazu, daß der Regent dieſen Willen erklärte. Die Gewohnheit kann ein Geſetz nur aufheben, wie ſie eins geben kann, nämlich: wenn die Staatsgewalt ihr ein für allemal dieſe Kraft beigelegt hat, und eine ſolche allgemeine Billigung iſt nun in den angeführten Stellen des römiſchen und canoniſchen Rechts, welche der Gewohnheit namentlich auch dieſe Kraft beilegen, enthalten, in Folge deſſen es der beſondern Billigung dieſer oder jener einzelnen, das Geſetz aufhebenden Gewohnheit, von Seiten der Staatsgewalt auch gar nicht weiter bedarf.

§. 12.

Schlußbemerkung zu der Unterſuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Geſetz aufzuheben.

Was Geſetzen Kraft und Lebensdauer verleiht, iſt nicht ſowohl das Anſehen des Regenten, als ihre innere Stärke. Ein Geſetz, was der Vernunftmäßigkeit ermangelt, was die Erfahrung nicht als gut und zweckmäßig bewährt, iſt gar leicht der Gefahr ausgeſetzt, außer Gebrauch zu kommen, indem diejenigen, welche es befolgen oder anwenden ſollen, je mangelhafter ſie es finden, um ſo mehr geneigt ſind, ſich darüber hin-

weg zu setzen. Aber, so natürlich dieser Gang der Sache auch ist, so wenig kann doch die Staatsgewalt einen solchen Mißbrauch, zumal im Voraus und ausdrücklich, billigen und gutheißen, und wenn dies im römischen Recht dennoch geschehen, läßt es sich nur aus der besondern Art erklären, wie sich das römische Recht gebildet hat.

§. 13.

Von der Aufhebung einer Gewohnheit.

In den Schriften der Rechtsgelehrten habe ich nicht gefunden, daß sie von der Aufhebung der Gewohnheit und den Arten derselben handelten, wenigstens nicht ex professo, und will nun zu verhüten suchen, daß nach mir Jemand dieselbe Klage führe.

1) Eine Gewohnheit wird ohne Zweifel durch ein entgegenstehendes Gesetz aufgehoben. Denn, gleichwie der Grund ihres Daseyns am Ende nur auf dem Gesetz beruht, also gilt dies namentlich auch von ihrer Fortdauer. Dabei wird eine frühere ältere Gewohnheit durch ein späteres allgemeines Gesetz aufgehoben, auch wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist. Eine besondre Ortsgewohnheit wird aber durch ein allgemeines Gesetz nur dann aufgehoben, wenn es ausdrücklich gesagt ist [46]).

2) Ebenso kann eine ältere Gewohnheit durch eine entgegenstehende neuere aufgehoben werden. Hier kämpfen also Gewohnheit gegen Gewohnheit und die neuere trägt, gleich dem neuern Gesetz, den Sieg davon. Ja wenn auch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz nicht aufheben könnte, wovon wir doch das Gegentheil gezeigt haben, wäre damit nicht gesagt, daß sie eine Gewohnheit nicht sollte aufheben, wie denn überhaupt nichts natürlicher ist, als daß gesetzliche Normen auf dieselbe Art aufhören, wie sie entstehen. Doch würde ein einziger entgegenstehender Vorgang (actus contrarius) dazu nicht hinlänglich seyn, als welcher die Gewohnheit auch im Entstehen nicht hindern kann [47]). Es muß vielmehr, wenn ein-

46) Cap. 1. de constitutionibus in 6to. Licet Romanus potifex constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur: quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum rationabilia, per constitutionem, a se noviter editam, (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare. Perez ad tit. C. quae sit longa cons. nr. 13. et 14.

47) S. auch Reinhardt de jure consuetudinario §. 19.; imgleichen Klötzer S. 176.

mal etwas durch Gewohnheit zum Geſetz geworden iſt, zur Gewohnheit geworden ſeyn, davon abzuweichen, und kurz, es muß eine Gewohnheit mit den geſetzlichen Erforderniſſen vorhanden ſeyn, gerichtet auf die Nichtbefolgung der Gewohnheit oder auf das Gegentheil deſſen, was man bisher als Gewohnheit befolgte.

Es ließe ſich dann auch denken, daß eine Gewohnheit durch eine Gewohnheit nicht völlig aufgehoben würde, ſondern nur zum Theil, alſo daß ſie durch ſelbige eingeſchränkt würde, gleichwie es auch möglich wäre, daß die neuere Gewohnheit die ältere erweiterte. Denn die Gewohnheit ahmt das Geſetz nach [48]) und daher kann ſie die ältere Gewohnheit, gleich dem Geſetz, ganz abſchaffen (consuetudinem abrogare), zum Theil (consuetudini derogare), ſie vermehren (consuetudini subrogare). Bekannte Kunſtausdrücke bei Veränderungen der Geſetze [49]).

§. 14.

Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

„Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere,“ ſpricht Callistratus L. 38. D. *de legibus*.

Kein Richter iſt verbunden, rechtskräftige Entſcheidungen anderer Gerichtshöfe oder ſeiner Vorgänger zur Richtſchnur zu nehmen, um Fälle derſelben Art darnach auf dieſelbe Weiſe zu entſcheiden. Im Gegentheil weiſen die Geſetze ihn an, ſie zu verlaſſen, wenn ſie nicht mit ſeinen Anſichten übereinſtimmen. *Legibus, non exemplis, judicandum est* [50]).

Die Geſetze ſind es, welche dem Richter bei ſeinen Ausſprüchen zur Norm dienen, nicht die Entſcheidungen anderer Richter. Vielmehr muß jeder Richter ſeiner eignen Ueberzeugung folgen, und, wenn ich daher ſetze, ein Oberrichter hätte die Entſcheidung eines Unterrichters geſtern aufgehoben und heute würde demſelben Unterrichter ein Fall ganz von derſelben Art zur Entſcheidung vorgelegt, ſo glaube ich, könnte, ja müßte der Unterrichter den Fall ebenſo entſcheiden, wie er vorher gethan, er dürfte auf den abändernden Ausſpruch des Oberrichters keine Rückſicht nehmen, es müßte denn ſeyn, daß

48) L. 3. C. quae sit longa consuet.

49) L. 102. D. de V. S.

50) L. 13. C. de sent. et interlocut.

ſich in der Zwiſchenzeit ſeine Ueberzeugung wirklich geändert hätte.

Mit dieſen Sätzen ſteht die Stelle des Calliſtratus in gar keinem Widerſpruch, ſondern ſie werden dadurch allenfalls nur eingeſchränkt. Es ergiebt ſich nämlich daraus, daß Präjudizien, oder vielmehr der Rechtsſatz der bei ihnen zum Grunde liegt, unter beſondern Umſtänden zum Geſetz erhoben werden können, oder vielmehr nur die Kraft eines ſolchen erlangen, ſo daß ſie dann in dieſer neuen Eigenſchaft auch für künftige Fälle zur Norm dienen. Calliſtratus nennt dies die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

Dazu gehört, daß von einer zweifelhaften Rechtsfrage die Rede ſey. Und zwar muß der Zweifel daher rühren, daß ein Geſetz vorhanden, was ſich dunkel, zweideutig, unbeſtimmt, kurz, unvollkommen ausdrücket. M. Einem W es iſt hier von der Auslegung zweifelhafter Geſetze die Rede. Denn nur in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, gilt die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum und hat ſie geſetzliches Anſehen. Dieſe Worte können, erwägt man ſie genau, keinen andern Sinn haben, als den angegebenen, und über allen Zweifel wird dies durch die Nachbarſchaft oder den Zuſammenhang erhoben, worin die Stelle des Calliſtratus mit der vorhergehenden ſteht [51]). Die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum hat alſo, gleich der consuetudo, die Kraft, Geſetze auszulegen, auf eben die Art, als wie es vom Geſetzgeber geſchieht.

Von der auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum lehrt Klötzer [52]) 1) ſie ſey keine Art der Gewohnheit, 2) die Länge der Zeit kein Erforderniß der auctoritas, 3) die auctoritas müſſe auf keinem Irrthum beruhen.

Ich erwiedere hierauf: Die auctoritas iſt Art der Gewohnheit und iſt es auch nicht, je nachdem man den Begriff der Gewohnheit erweitert oder verengt. Verſteht man unter Gewohnheit eine Norm, die vim legis hat, und überhaupt durch den Gebrauch oder wiederholte Beobachtung eingeführt worden, ſo iſt die auctoritas ohne Zweifel Art der Gewohn-

51) L. 37. D. de leg. Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.

52) S. 295.

heit. Das Gericht iſt gewohnt, ein gewiſſes Geſetz auf eine gewiſſe Art auszulegen. Verſteht man aber darunter eine dergleichen Norm, die vom Volk oder einem Theil deſſelben ausgegangen iſt, ſo iſt ſie es nicht, indem das Gericht als ſolches zum Volk nicht gerechnet werden kann, ſondern zu den Beamten, die im Dienſt des Staats ſtehen, es wenigſtens bei der Volksgeſetzgebung keine Stimme hat, worauf doch die urſprüngliche Idee der Gewohnheit beruht. Calliſtratus nimmt das Wort in jenem engern Sinne, welcher auch gewöhnlich gemeint wird, wenn von Gewohnheit die Rede iſt, und unterſcheidet daher von der consuetudo die auctoritas. Zwar die Worte: *aut* rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, gleich nach consuetudo, könnten auch einen bloßen erklärenden Zuſatz, was unter consuetudo hier zu verſtehen ſey, in ſich faſſen; indeſſen läßt es ſich denken, daß außer den Gerichten eine beſtimmte Auslegung von Geſetzen ſich bildet, und dieſe wäre dadurch ausgeſchloſſen. Consuetudo und auctoritas ſind auf allen Fall nahe verwandt, und zwar iſt die auctoritas etwas der consuetudo interpretativa Aehnliches, weshalb auch anzunehmen, daß beide im Allgemeinen gleichen Schritt halten. Sie unterſcheiden ſich hauptſächlich nur durch das Subject, von welchem die Norm mit geſetzlichen Anſehen oder m. E. W. die Auslegung ausgeht. Die auctoritas, als Analogon der consuetudo interpretativa, wird, gleich dieſer, Ablauf einer langen Zeit zu ihrem Daſeyn, als einer geſetzlichen Norm, erfordern, was auch ſchon die gemeine Bedeutung von Gewohnheit mit ſich bringt, die beiden gleich zum Grunde liegt. Vom Irrthum kann bei der auctoritas nicht füglich die Rede ſeyn, ebenſo wie auch bei der consuetudo interpretativa nicht, wohl aber wird ein zweifelhaftes Geſetz vorausgeſetzt. Dagegen mögte das Wort perpetuum ſchon ein einziges contrarium, nämlich einen einzigen Urtheilsſpruch ausſchlieſſen, der das Geſetz anders auslegte.

§. 15.

Von der Obſervanz.

Ich mögte wohl wiſſen, wer zuerſt auf den unglückſeligen Einfall gekommen iſt, das häßliche Wort Obſervanz in die Rechtswiſſenſchaft einzuführen, um dadurch eine Sache zu bezeichnen, die von der Gewohnheit noch verſchieden ſeyn ſoll. Er hat dadurch der Wiſſenſchaft einen ſchlimmen Dienſt erwieſen.

Obſervanz würde eigentlich ſeyn, ähnlich der Gewohnheit in der gemeinen Bedeutung, der Umſtand, daß etwas gebräuchlich, oder wenigſtens ſonſt ſo gehalten iſt. In rechtlicher Hin-

ſicht verſteht man jetzt darunter eine Norm, die durch Beobachtung in einem Collegio eingeführt iſt. Ich ſage jetzt; denn was die Alten betrifft, verſtanden ſie zum Theil das Herkommen darunter (jus traditum), andre, ſcheint es mir, verſtanden darunter überhaupt ein Recht, was durch Beobachtung entſtanden, wobei ſie Befugniß und Geſetz nicht unterſchieden, ſondern unter dem Ausdrucke Recht Beides durcheinander mengten. Daß man Obſervanz auch mit Gewohnheitsrecht gleichbedeutend nimmt, iſt zu bekannt, als daß es hier zu bemerken wäre.

Was die Obſervanz in der jetzt gewöhnlichen Bedeutung betrifft, ſo beziehet es ſich damit, nach der gewöhnlichen Lehre [53]), auf die Macht eines Collegii, in den geſellſchaftlichen Angelegenheiten Beſchlüſſe zu faſſen. Dergleichen Beſchlüſſe können nicht nur durch ausdrückliche Verabredung, ſondern auch durch ſtillſchweigenden Vertrag zu Stande kommen und ein ſolcher ſtillſchweigender Vertrag iſt in der Obſervanz enthalten. Sie iſt eine Norm, welche durch Beobachtung in einem Collegio errichtet worden. Zur Einführung einer Obſervanz in dieſer Bedeutung bedarf es nicht der Zuſtimmung des Regenten, noch des Ablaufs einer langen Zeit; ein einziger Vorgang iſt hinlänglich, ſie zu begründen.

Sieht man blos auf das, was gewöhnlich von der Obſervanz gelehrt wird, ſo ſollte man glauben, daß überhaupt ſchon aus dem Umſtande, daß es früher einmal ſo gehalten worden, eine ſolche abzuleiten. Indeſſen würde man doch den Rechtsgelehrten zu nahe thun, wenn man dieſe Lehre für allgemein erklären wollte. Es fehlt nicht an ſolchen, die ein factum concludens erfordern, die eine ſolche Beſchaffenheit der Einen Handlung vorausſetzen, daß daraus ein ſtillſchweigendes Uebereinkommen abgeleitet werden kann. Dahin gehört namentlich Meurer [54]).

Ebenſo lehrt Gönner [55]), welcher gleichfalls die Meinung hegt, Eine Handlung ſey hinlänglich, eine Obſervanz zu begründen, es werde ein ſtreng bindender Schluß aus der Handlung auf die Einwilligung erfordert. Aus der Handlung könne nur die Möglichkeit des Seyns oder Nichtſeyns (fieri posse, non fieri posse) geſchloſſen werden; nur dann drücke eine Handlung die Nothwendigkeit des Seyns oder Nichtſeyns (fieri debere aut fieri plane

53) G. L. Boehmer Princ. jur. can. §. 235. 236. Hofacker Princ. jur. civ. §. 127. Glück Erl. d. Pand. I. Thl. S. 447. Nettelbladt Systema elem. jurispr. pos. Germ. §. 889. Günther Princ. jur. Rom §. 146.

54) Von der Obſervanz §. 6. (in deſſen jur. Abh. und Beobachtungen 1. Samml. S. 187.).

55) Teutſches Staatsrecht §. 27.

non posse) aus, wenn in der Handlung oder Unterlassung noch etwas Besonderes liege, welches zum Schlusse auf diese Nothwendigkeit berechtige, wozu eine, der Handlung oder Unterlassung vorausgegangene, Behauptung ihrer Nothwendigkeit (in contradictorio) von besonderer Wirksamkeit sey. Er bemerkt auch noch: Was nur unter besondern Umständen und wegen besonderer Verhältnisse geschehen, begründe nur für gleiche Verhältnisse eine Observanz.

Dies läßt sich schon besser hören; doch die Wahrheit scheint mir auf folgenden einfachen Sätzen zu beruhen.

Es ist allerdings möglich, daß eine Gesellschaft ihren Willen, einen gewissen Satz als bleibend aufzustellen, durch Handlungen oder Thatsachen offenbart. Auch läßt sich die Möglichkeit nicht bestreiten, daß schon ein einziger Vorgang den Schluß rechtfertigen könnte, es solle ein gewisser Satz zur beständigen Regel für die Zukunft dienen. Doch werden Fälle dieser Art nur sehr selten vorkommen. Gewöhnlich wird ein Vorgang weiter nichts beweisen, als — daß es früher einmal so gehalten worden.

Ist aber ein Vorgang von der Art, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden kann, der Satz, der bei dieser Gelegenheit aufgestellt worden, solle sich nicht auf diesen Fall beschränken, sondern allgemein gelten, so ist es freilich eben so gut, als wenn die Gesellschaft ihn ausdrücklich als Norm aufgestellt hätte. Unter dieser Voraussezzung bedarf es freilich der Wiederholung nicht; dann ist es freilich richtig, was Meurer bemerkt, daß die Handlung durch sie keinen Zuwachs an Stärke gewinnt, daß die Wiederholung zwar, des Beweises wegen, nützlich seyn, jedoch kein principium essendi, sondern nur cognoscendi an die Hand geben würde. Allein ein solcher Schluß wird schwerlich aus der Handlung selbst, sondern aus den Umständen, ja aus dem, was bei dieser Gelegenheit geäußert ist, abzuleiten seyn. Ueberhaupt wird es bei dieser quaestio facti immer auf die individuellen Umstände und alles darauf ankommen, ob die Gesellschaft wirklich den Willen offenbart habe, dieser oder jener Satz solle als allgemeine Norm dienen. Besonders aber verdient erwogen zu werden, daß in einem solchen Fall es nicht die Beobachtung ist, was den Satz gründet, sondern der Wille der Gesellschaft, daß man also gar nicht sagen kann, es sey dieser Satz durch Observanz eingeführt. Soll ein gewisser Satz durch Beobachtung in einer Gesellschaft entstehen, so kann dies zwar geschehen, doch nicht anders, als wenn die Erfordernisse des Gewohnheitsrecht vorhanden sind. Dazu ist dann freilich Ein Vorgang nicht hinlänglich, sondern häufige Wiederholung im Verlauf einer langen Zeit erforderlich. Was im Verlauf einer langen Zeit gleichmäßig geschehen und beibehalten worden, davon läßt sich dann auch glauben, daß es durch Erfahrung als gut erprobt sey. Der Zustimmung des Regenten bedarf es nicht; sie ist schon gegeben durch das römische Recht und namentlich durch folgende Stelle des Codex: Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur, et retinet: et quod officiis[56], curiis, civitatibus, principiis vel collegiis praestitum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus. L. 3. Cod. quae sit longa consuetudo.

---

56) Unter officium scheint hier eine Gerichtsstelle zu verstehen zu seyn. L. 17. D. de in jus voc. L. 7. §. 2. D. qui satisdare cog. Paul. sent. I. 13. 1.